Die Vereitelung oder Gefährdung der Eintreibung der Schuld vom Hauptschuldner durch den Gläubiger in ihrer Wirkung auf die Haftung des Bürgen.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität zu Rostock i. M.

ACAD. LUGD BAT. BIBL.

vorgelegt von

Wilhelm Ebert Kleine

Notar in Hannover.

RNB

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Referent: Professor Dr. Bernhöft

Meiner lieben Frau zugeeignet.

Literaturverzeichnis.

Bähr, Kritik des Entwurfs 1. Lesung. In der Kritischen Vierteljahrsschrift n. F. Bd. 11 S. 321.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl.

Bucerius, Erörterung der Begriffe exceptio, Einrede und Einwendung. Preisschrift. Göttingen.

Büttner, Die Haftung des Bürgen nach gemeinem Rechte und dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Greifswald 1899.

Corpus juris civilis, deutsch von Otto, Schilling und Sintenis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Jena 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 1, 2. Tübingen u. Leipzig 1900. Bd. 2 1902.

Crome, Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande. In der Deutschen Juristenzeitung 9. Jahrg. 1904 Nr. 1 S. 14.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches nebst 3 Anlagen. Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten. 5. Aufl. Berlin 1897.

Dernburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1 Abt. 2 1902, Bd. 2 1901. Halle.

Düringer u. **Hachenburg,** Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Mannheim 1901.

Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Lief. 2. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1902. Sammlung von Vorträgen über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Eltzbacher, Die Unterlassungsklage. Ein Mittel vorbeugenden Rechtsschutzes. Berlin 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. Teil 2. Berlin 1903.

Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht. Marburg 1900.

Finger, Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vom 27. 5. 1896 nebst dem Rechte am Namen (§ 12 BGB.) und § 826 BGB. 2. Aufl. Berlin 1907.

Fischer, Recht und Rechtsschutz. In Bekker u. Fischer, Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Heft 6.

Friedenthal, Einwendung und Einrede in der Zivilprozeßordnung und dem Bürgerlichen Gesetzbuche. Jena 1898.

Geib, Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts. Tübingen 1894.

Gesterding, über Provokation von seiten des Bürgen an den Gläubiger zur Erhaltung und Benutzung der Wohltaten der Ordnung und Teilung. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 7 S. 138.

Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Veränderte u. vermehrte Ausgabe. Leipzig 1889.

Girtanner, Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht. Jena 1850.

Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Vorträge. 2. Aufl. Mannheim 1900.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch. Stuttgart 1897.

Hasenbalg, Die Bürgschaft des gemeinen Rechts. Eine zivilistische Studie. Düsseldorf 1870.

Hauser, Die Verbürgung nach handelsrechtlichen Grundsätzen. Im Centralorgan für das deutsche Handels- und Wechselrecht von Löhr Bd. 4 S. 321.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 2: Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Herms, Die Bürgschaft nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reichs. Diss. Rostock 1900.

Jacubezky, Zur Frage des allgemeinen Schikaneverbots. In Gruchots Beiträgen Bd. 40 S. 591.

Jäger, Hat der Gläubiger eine Klage gegen den Bürgen, wenn er durch eigenes Verschulden von der Konkursmasse des Hauptschuldners ausgeschlossen ist? In Lindes Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß Bd. 5 S. 231.

Johow u. **Ring**, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Koban, Der Regreß des Bürgen und Pfandeigentümers nach österreichischem und deutschem Recht. Graz 1904.

Krüger, Kritik von Sokolowski, Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht, 1891. In der Kritischen Vierteljahrsschrift n. F. Bd. 15 S. 534.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Teil 1. Berlin 1898.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im bürgerlichen Recht. Berlin 1906.

Liebe, Interzession. In Weiskes Rechtslexikon S. 507.

Linckelmann, Die Schadensersatzpflicht aus unerlaubten Handlungen. Berlin 1898.

Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12./13. Aufl. Berlin 1903.

Liszt, Die Deliktsobligationen im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1898.

Loersch, Code civil. 3. Aufl. Leipzig 1893.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Berlin 1899.

Mode, Befreiung des Bürgen durch Nachlässigkeit des Gläubigers in Wahrnehmung seiner Rechte gegen dritte Personen. Diss. Berlin 1896.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 2. Aufl. Berlin 1896.

Mugdan u. **Falkmann**, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1903.

Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. 3. Aufl. Berlin 1907.

Platner, Die Bürgschaft. Leipzig 1857.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Im Auftrage des Reichsjustizamtes. Bd. 2. Berlin 1898.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgericht Bd. 20.

Rothenberg, Der Kreditauftrag. Im Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 77 S. 323.

Schilling, Aphorismen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Allgemeiner Teil. Köln 1888.

Schneider, Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse des Bürgerlichen Gesetzbuches. Müchen 1902.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. Darstellung und Erläuterung der Hauptbestimmungen. Berlin 1897.

Seufferts, J. A., Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.

Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.

Sohm, Institutionen des römischen Rechts. 5. Aufl. Leipzig 1894.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1908.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 3./4. Aufl. München 1908.

Steinbach, Treu und Glauben im Verkehr. Wien 1900.

Stölzel, Schulung für die zivilistische Praxis. 3. Aufl. Berlin 1898.

Suppes, Der Einredebegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches. Leipzig 1902.

Unger, Die Einrede der Vorausklage und der Begriff der Bürgschaft. In Iherings Jahrbüchern Bd. 29.

Unterholzner, Quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen mit Berücksichtigung der heutigen Anwendung. Bd. 2 ed. Huschke. Leipzig 1840.

Vangerow, Leitfaden für Pandektenvorlesungen. Marburg u. Leipzig 1849.

Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen. Ergänzungsband, enthaltend die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. 1908.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 2. Frankfurt a. M. 1900.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41551526_0095

I. Gemeines Recht.

Der Bürgschaftsvertrag ist eine Unterart der Interzession, d. h. der Übernahme einer fremden Verbindlichkeit, und zwar der kumulativen Interzession, bei welcher nicht der ursprünglich Verpflichtete befreit, sondern neben ihm dem Gläubiger ein neuer Verpflichteter bestellt wird. Diese kumulative Interzession ist aber nicht prinzipaler, sondern akzessorischer Natur.[1])

Schon in den XII tab. scheint unter dem vadimonium eine Art kumulativer Interzession bekannt gewesen zu sein. Nachdem sich hieran die sponsio — nur für römische Bürger — und die fidepromissio — auch für Peregrinen —, die aber beide nur für Verbalobligationen

[1]) Dig. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1; Cod. 8, 40; Nov. 4, 1; J. de fidejussoribus 3, 20. Brinz Bd. 2 S. 182; Büttner S. 11—16; Dernburg Bd. 2 S. 207; Geib S. 10; Girtanner S. 323; Gruchot bei Gruchot Bd. 16 S. 604; Hasenbalg S. 27; Hauser bei Löhr Bd. 4 S. 324; Keil S. 1; Liebe bei Weiske S. 510; Mode S. 1 ff.; Sintenis Bd. 2 S. 838; Sohm S. 291; Unterholzner Bd. 2 S. 800; Vangerow Bd. 3 S. 137; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 1010. Über die deutschrechtliche Bürgschaft s. Platner, besonders § 3 (S. 27 ff.).

gegeben waren, geschlossen hatten, machte die fidejussio, aus dem jus gentium stammend, unter der bona fides stehend und mit der Anwendbarkeit auf alle Verträge ausgestattet, den Beschluß. Sie war in die Form der Stipulation: „centum, quae Titius mihi debet, eadem fide tua esse jubes? fide mea esse jubeo“[2]) gekleidet. Sie ist allein noch im justinianischen Rechte vorhanden und die Grundlage, auf der sich der formlose Bürgschaftsvertrag des gemeinen Rechts aufgebaut hat. Man hatte ursprünglich angenommen, daß man es mit einer Korrealschuld zu tun habe, jedoch hat man diese Meinung verlassen,[3]) wenngleich Windscheid-Kipp in der 8. Aufl. 1900 S. 1010 den Bürgen noch einen Korrealschuldner neben dem Hauptschuldner nennt.[4])

Die Bürgschaft ist demnach ein Vertrag mit einem Gläubiger, wonach man sich zu dessen Sicherheit neben dessen Schuldner verbindet.[5])

---

[2]) Sohm S. 291 u. a.

[3]) Dernburg Bd. 2 S. 109.

[4]) Für eine Korrealschuld ist auch noch Sohm S. 291: „Durch solche fidejussio wird der Bürge Korrealschuldner“. Die im Text vertretene Ansicht hat auch das ROHG. Bd. 20 S. 49. Auch Girtanner S. 323 unterscheidet zwischen Korrealobligation und Bürgschaft; ebenso spricht Hasenbalg S. 50 ff. von einem correus debendi, einem als Hauptschuldner Interzedierenden und einem Bürgen. Weitere Literatur s. ebenda.

[5]) Dernburg Bd. 2 S. 207; s. auch die Definition bei Hasenbalg S. 51.

Sie ist die Übernahme einer materiell fremden Schuld, der Bürge erleidet also, wenn er vom Gläubiger belangt wird, einen Schaden aus einer Verbindlichkeit, die ursprünglich nicht seine eigene war. Um die hierin liegende Härte in etwas auszugleichen, hatte das Pandektenrecht dem Bürgen zwei Hilfsmittel gegeben. Einmal gab es dem einen von mehreren Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hatte, einen Teilungsanspruch gegen die Mitbürgen, das beneficium divisionis, durch die epistola Hadriani (4 J. de fidejussoribus 3, 20), und ferner gegenüber dem Gläubiger ein beneficium cedendarum actionem in l. 17 D. de fidej. et mandat. 46, 1: fidejussoribus succurri solet, ut stipulator compellatur, ei qui solidum solvere paratus est vendere ceterorum nomina.

Der Anspruch soll dem Bürgen auch noch zustehen, nachdem er bereits gezahlt hat. Man nahm dabei an, daß die Leistung an den Gläubiger nicht solvendi causa — denn dann wäre für eine Abtretung der Forderung kein Raum mehr gewesen —, sondern emendi causa geschah.[6] Während man nun unter Verquickung des beneficium cedendarum actionum mit dem später zu erörternden beneficium excussionis s. ordinis in älterer Zeit hieraus eine Verpflichtung des Gläubigers zur Bewahrung des

---

[6]) vgl. u a. Seufferts Arch. Bd. 7 Nr. 313. Wenn ein Bürge den Kreditor befriedigt, so wird nicht die Tilgung der Schuld, sondern die Absicht des Ankaufs der Forderung gesetzlich angenommen.

später abzutretenden Anspruchs konstruieren wollte,[7]) hat die neuere Lehre, dem Vorgehen Mühlenbruchs folgend,[8]) anerkannt, daß damit eine derartige Verpflichtung für den Gläubiger nicht begründet sei. Ob ein etwaiges arglistiges Verhalten des Gläubigers eine Änderung herbeiführt und dem Bürgen die exceptio doli generalis gibt, ist eine andere und zu bejahende Frage. Von dieser Arglist aber abgesehen ergeben sich aus dem Bürgschaftsvertrage nur Rechte für den Gläubiger, nur Pflichten für den Bürgen.

In diese Rechtslage hinein erließ Justinian im Jahre 535 die Nov. 4 cap. 1 und schuf damit eine neue Vergünstigung für den Bürgen, das später sogen. beneficium excussionis sive ordinis.

Damit hat sich die Rechtslage für den Bürgen in der Weise verschoben, daß er die Befugnis hat, vom Gläubiger zu verlangen, daß dieser zunächst den Hauptschuldner anfasse. Nachdem eine Streitfrage geschwebt hatte, ob damit eine weitere Klagvoraussetzung oder eine Einrede statuiert sei, hat sich die letztere Ansicht zum Ende allgemeine Geltung verschafft.[9])

---

[7]) Hasenbalg S. 404. Die Ansichten der Glossatoren bei Girtanner S. 211 f.; der Juristen des 16./17. Jahrhundets ebenda S. 250 f.

[8]) Mitgeteilt bei Hasenbalg S. 410.

[9]) Girtanner S. 428: „Der Bürge muß das benef. excuss. als exceptio vorschützen, es steht. ihm nur zu in dieser Gestalt“. Hasenbalg S. 523: „. . . daß dem Fidejussor nur die Befugnis zur

Die entgegengesetzte Ansicht, daß man es mit einer Klagvoraussetzung zu tun habe, hat z. B. ihren Ausdruck im ALR. I, 14 § 283 gefunden.[10]) Nach Platner (S. 89) setzt auch nach deutschem Recht die „Anstellung der Klage voraus, daß bereits schon der Hauptschuldner in bezug auf die Leistung sich in Verzug befinde". Bucerius (S. 85) nennt das benef. excuss. eine materiellrechtliche Prozeßvoraussetzung. Daher ist auch die Ansicht von Sintenis,[11]) daß nach der Nov. 4 cap. 1 jede Bürgschaft als fidejussio indemnitatis im ehemaligen Sinne erscheine, nicht zu billigen. Bei der fidejussio indemnitatis muß der Gläubiger zur Begründung seiner Klage behaupten, daß er den Hauptschuldner erfolglos belangt habe bezw. aus gewissen Gründen nicht habe belangen können, während die gewöhnliche Bürgschaft sich prozessual in folgender Weise abspielt: Der Gläubiger belangt den Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage; dieser wendet ein, er habe das beneficium excussionis; der Gläubiger repliziert: das bestreite ich nicht, aber ich habe den Hauptschuldner vergeblich belangt, oder: der Hauptschuldner ist abwesend. Das bestreitet dann seinerseits der Bürge und

---

Berufung auf die Vorschrift der Novelle gegeben ist". Unterholzner Bd. 2 S. 816: „Das benef. excuss. gibt dem Bürgen das Recht, die Klage zurückzuweisen". Unterholzner wendet sich dann weiter gegen die Verfechter der anderen Ansicht; vgl. Vangerow Bd. 2 S. 577; Brinz Bd. 2 S. 193 f.

[10]) vgl. auch Gruchot bei Gruchot Bd. 16 S. 680.

[11]) Bd. 2 § 129 Anm. 60.

nötigt so den Gläubiger zum Beweise. Damit ist auch die auf den ersten Blick auffallende Erscheinung erklärt, daß hier scheinbar entgegen der allgemeinen Regel, daß derjenige, der sich auf eine Tatsache beruft, diese auch zu beweisen habe, dem Gegner — dem Gläubiger — der Beweis zufällt.

Wenn aber der Gläubiger den Bürgen nur insoweit soll belangen dürfen, als er non valuerit a debitore recipere, so ist damit, wie Hasenbalg (S. 545 f.) zutreffend ausführt, gesagt, daß nun der Gläubiger auch den Willen gehabt haben muß, vom Hauptschuldner Befriedigung zu erlangen. Die Frage, ob er etwas hat erhalten können, kann überhaupt erst auftauchen, nachdem er etwas hat erreichen wollen. Es wird deshalb nach Nov. 4 cap. 1 der Wille des Gläubigers verlangt, den Hauptschuldner in Anspruch zu nehmen. Wenn dieser Wille fehlt, so fehlt damit eine notwendige Voraussetzung auf seiten des Gläubigers, er muß daher diesen Willen betätigt oder Gründe haben, weshalb er ihn nicht hat zu betätigen brauchen. Damit ist dem Gläubiger die Verpflichtung auferlegt, sich einer gewissen Sorgfalt gegenüber seinem Hauptschuldner zu befleißigen, also eine auf den Bürgen zu rücksichtigende Diligenzpflicht in seinem Verhalten dem Hauptschuldner gegenüber zu üben. Zwar ist die Verpflichtung bis zu dem Augenblicke latent, bis zu welchem ihn der Bürge durch die Berufung auf das benef. excuss. darauf hinweist, aber nichtsdestoweniger besteht sie doch schon und gelangt nicht etwa erst mit

dem Augenblick zur Existenz, in welchem die Klage gegen den Bürgen bezw. von diesem die Einrede erhoben ist.[12])

Die Veränderung der Rechtslage durch die Nov. 4 cap. 1 haben hauptsächlich v. Bothmer[13]) und Jäger[14]) geleugnet.

v. Bothmer stützt sich einmal auf die Überschrift des cap. 1: Ut creditores conveniant primo loco principalem, die darauf hinweise, daß der Kaiser lediglich eine Bestimmung über die Vorausklage habe geben wollen, ferner auf die Stelle: neque negligens debitoris fidejussoribus molestus sit, die richtig dahin zu verstehen sei, daß der Gläubiger nicht mit Übergehung des Schuldners sofort den Bürgen solle angreifen dürfen.

---

[12]) Dernburg Bd. 2 S. 225; Sintenis Bd. 2 S. 846 Anm. 60; Mode S. 14f.; Hasenbalg S. 544f.; Vangerow Bd. 2 S. 144, 145 u. a.; Liebe bei Weiske S. 524 verneint die Diligenzpflicht, will aber bei Nachlässigkeit exc. doli geben. Girtanner S. 332 sagt: Es versteht sich von selbst, daß hiernach auch keine bona fides gegen den Bürgen — etwa rücksichtlich sorgsamer Berechnung der Vermögensumstände des Hauptschuldners — vom Gläubiger verlangt werden kann". Dagegen auf S. 438 bei der Besprechung des ben. excuss.: „In diesem Falle also, wenn der Gläubiger den Verlust oder die Wirkungslosigkeit seiner Klage selbst verschuldet hat, steht die exc. excuss. demselben allerdings entgegen, und zwar so, daß sie völlige Befreiung des Bürgen bewirkt".

[13]) v. Bothmer in Gans' Zeitschr. für Zivil- und Kriminalrecht im Königreich Hannover Bd. 1 Heft 1 S. 15ff.

[14]) Jäger in Lindes Zeitschr. Bd. 5 S. 235.

Es wird aber die erst später hinzugefügte[15]) Kapitelüberschrift keine gesetzesgleiche Beachtung, auch nicht als authentische Interpretation, beanspruchen dürfen, und es hat v. Bothmer, die Richtigkeit seines zweiten Beweissatzes zugegeben, den sonstigen Inhalt, besonders non valuerit recipere völlig unbeachtet gelassen.

Jäger (S. 234) betrachtet die Nov. 4 cap. 1 nur als „Singularität", die nicht über die Grenze ihrer Bestimmung ausgedehnt werden dürfe. Es sei dem Bürgen damit nur eine „temporäre Wohltat", ein spezielles Recht, kein weiteres eingeräumt. Er könne nie aus einem anderen Grunde die Zahlung verweigern als dem ihm durch die Nov. 4 cap. 1 zugestandenen, daß der Schuldner gegenwärtig und zahlungsfähig sei. Jäger wendet sich dann gegen Weber und Gönner (S. 235), die beide schon eine Diligenzpflicht angenommen haben, und verweist schließlich darauf, daß dem Bürgen genügend andere Wege, von denen ich nur die prov. ex lege Si contendat[16]) hier erwähnen will, offenständen, um sich gegen Schaden zu schützen. Indem er sich schließlich der Frage der verschuldeten Präklusion des Gläubigers beim Konkurse zuwendet, gibt er als Resultat: Der Gläubiger hat, auch wenn er durch eigenes Verschulden von der Konkursmasse

---

[15]) Mode S. 24.

[16]) Darüber, „daß der Nutzen einer solchen Provokation nicht einzusehen sei", s. Gesterding bei Löhr, Arch. f. ziv. Prax. Bd. 7 S. 138 ff.

des Hauptschuldners ausgeschlossen worden ist, noch immer eine Klage gegen den Bürgen.[17])

Jäger legt m. E. auch nicht den nötigen Wert auf den weiteren Inhalt der Nov. 4 cap. 1 und berücksichtigt nicht das non valuerit recipere.[18])

Auch berücksichtigen beide Schriftsteller die den ganzen Bürgschaftsvertrag in allen seinen Einzelheiten umfassende bona fides nicht, welche doch erlaubt und verlangt, daß die gesamten Umstände des Falles berücksichtigt und Verpflichtungen, die implizite vorhanden sind, beachtet werden.

Einen solchen Einfluß, aber nicht in dem Sinne, daß die bona fides eine Verpflichtung beim Gläubiger erzeugt, sondern u. U. den Bürgen von einer Verpflichtung befreit, räumt ihr Geib (S. 180) ein. Er sagt: „Dagegen erzeugt trotz seines bonae fidei-Charakters der Bürgschaftsvertrag auch nach heutigem gemeinen Recht keine zweiseitige Obligation. Die bona fides vermag eine vorhandene Obligation zu erweitern, zu steigern, zu vertiefen, aber sie kann nicht für jemanden, der zu gar nichts verpflichtet ist, eine Obligation neu erzeugen. Nicht dies

---

[17]) Ich habe die Gründe Jägers so ausführlich referiert, weil die Beobachtung interessant ist, daß fast dieselben Gründe — daß nämlich der Bürge sonst Mittel und Wege genug zur Befreiung habe — auch für das BGB. zum Ausschluß der Diligenzpflicht geführt haben.

[18]) Unterholzner (Bd. 2 S. 820) nimmt unter Bezugnahme auf l. 62 D. 46, 1 an, daß der Bürge sich auf eine Verzögerung der Klage gegen den Hauptschuldner und dessen demnächstiges Unvermögen nicht berufen könne, gibt aber hier die prov. ex lege Si contendat.

entspricht der bona fides, daß der Gläubiger zur Diligenz dem Bürgen gegenüber verpflichtet sei, sondern nur dies, daß dem Gläubiger, wenn er in eigenen Angelegenheiten negligent ist, sein Bürge unter Umständen seinerseits nicht mehr verpflichtet ist".

Ähnlich wie Geib spricht sich auch Krüger[19]) in seiner Kritik von Sokolowski „Die Mandatsbürgschaft nach römischem und gemeinem Recht" gegenüber der von letzterem mit Rücksicht auf Nov. 4 cap. 1 verteidigten Diligenzpflicht aus.

Was Geib über die Unzulänglichkeit des Prinzips der bona fides sagt, würde richtig sein,[20]) wenn man nicht eben aus den angeführten Sätzen des Gesetzes selbst schon zu der Diligenzpflicht für den Gläubiger kommen müßte.

Nicht billigen möchte ich die Ausführungen Girtanners, der sich sonst so hervorragend über geschichtliche Entwicklung und Dogmatik der Bürgschaft ausgelassen hat (S. 483), wonach der Grund dafür, daß bei eigener Schuld des Gläubigers das benef. excuss. zu einer peremtorischen Einrede wird, in der Bedingtheit, welche der Bürge durch Vorschützen des Benifiziums seiner Bürgschaftsverbindlichkeit verleihen kann, liegen soll. Die Bedingung sei nicht eingetreten und könne auch nicht mehr

---

[19]) Krit. VSchr. Bd. 15 S. 541.

[20]) vgl. auch die in neuester Zeit von Schneider (Treu und Glauben) aufgestellten Grundsätze über den Einfluß, der „Treu und Glauben" zuzubilligen ist.

eintreten, denn wenn er zu irgendeiner Zeit schon imstande gewesen sei, seine Befriedigung zu erlangen, dann könne er künftig nie sagen, daß er ohne seine Schuld die Befriedigung entbehre. Es scheint mir, als ob das mit dem gemeinrechtlichen Begriffe einer Bedingung als eines zukünftigen objektiv ungewissen Ereignisses nicht übereinstimmt. Eine eingehende Begründung dieser Ansicht geht jedoch über den Rahmen der Arbeit hinaus.

Während also Girtanner aus der dem Gläubiger obliegenden Diligenzpflicht den Satz herleitet, daß bei schuldhafter Nachlässigkeit die exc. benef. excussionis zu einer peremtorischen Einrede werde, haben die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller, ohne allein das benef. excussionis zu verwerten, ausgesprochen, daß der Bürge in einem solchen Falle frei werde.

So sagt Dernburg[21]): „Der Bürge wird frei, wenn ihm der Gläubiger durch Aufgabe von Rechten oder durch Nachlässigkeit in der Beitreibung der Schuld die gesetzlichen Hilfsmittel, die ihn vor Schaden bewahren sollen, entzogen oder in ihrem Erfolge verkümmert hat", während Windscheid[22]) lehrt: „Ist der Grund, weswegen der Gläubiger keine Befriedigung von dem Hauptschuldner erlangen kann, Nachlässigkeit des Gläubigers, so kann der Bürge gar nicht in Anspruch genommen werden". Er leitet allerdings diesen Befreiungsgrund daraus her, daß der Gläubiger nicht dem Anspruch auf

[21]) Bd. 2 S. 225.

[22]) Bd. 2 S. 1026—1034.

volle Rechtsabtretung (dem beneficium cedendarum actionum) genügen könne.

Ähnlich sagt Hauser[23]) über die „Verbürgung nach handelsrechtlichen Grundsätzen": „Die Haftung aus der Verbürgung ... kann aufgehoben werden infolge Verschuldens des versicherten Gläubigers, und zwar in zweifacher Richtung: es kann die Gefahr für den Gläubiger aus eigener schuldhafter Handlung oder selbstverschuldeter Unterlassung eingetreten sein. Ein solches Verschulden ist in verschiedener Weise denkbar. Die Hauptkategorie bildet eine Nachlässigkeit des Gläubigers in der Beitreibung der Schuld gegenüber dem Hauptschuldner, sei es durch Unterlassung der Rechtsverfolgung oder durch ausdrückliche Gewährung einer weiteren Erfüllungsfrist". Er modifiziert zwar diesen allgemeinen Satz wesentlich in den beiden folgenden Absätzen, fährt dann aber fort (S. 381): „In einer anderen Richtung kann auch nach Eintritt der in der Verbürgung enthaltenen Voraussetzung (der Gefahr) die Haftung des Bürgen wegen eines Verschuldens des Gläubigers „aufgehoben werden". Dies findet statt, wenn der Gläubiger, gegen dessen Befriedigung der Bürge in die durch die Verbürgung versicherten Forderungsrechte einzutreten befugt ist, den Verlust derselben zum Nachteil des Bürgen verschuldet hat". Auch er hat also hier das benef. cedend. actionum im Auge.

---

[23]) In Löhrs Centralorgan Bd. 4 S. 378.

Wenn aber Windscheid und Hauser diese Befreiung davon abhängig machen, daß der Bürge nicht etwa ohne entgeltliche Absicht für den Schuldner die Bürgschaft übernommen habe, so halte ich das für unrichtig, da die Frage, ob der Bürge nun die actio cessa auch mit Erfolg wird erheben können, eine solche des (inneren) Verhältnisses zwischen Bürgen und Hauptschuldner ist und mit dem (äußeren) Verhältnis zwischen Bürgen und Gläubiger nichts zu tun hat, beide Fragen also in einer Abhängigkeit voneinander nicht stehen.

Arndts[24]) führt aus: „Der entscheidende Gesichtspunkt für das heutige Recht ist dieser, daß jede Bürgschaft ex fide bona zu beurteilen ist; dieser kann der Gläubiger zuwiderhandeln, indem er durch sein Zutun oder auch durch seine Nachlässigkeit die dem Bürgen zukommenden gesetzlichen Hilfsmittel vereitelt und ihn dennoch in Anspruch nimmt. Nur kann nicht schlechthin jede nachsichtige Zögerung in der Ausklagung des Schuldners als Verschulden gegen den Bürgen gelten“.

Man wird nun aber dieses „Freiwerden“, „nicht in Anspruch genommen werden können“ oder „diese Aufhebung der Verbürgung“ nicht etwa in dem Sinne aufzufassen haben, daß dadurch die Bürgschaftsverpflichtung ipso jure erlischt, sondern der Bürge muß den Befreiungsgrund geltend machen.

---

[24]) § 357 Anm. 2.

Den hier verfochtenen Standpunkt hat auch die gemeinrechtliche Praxis durchgehends eingenommen.[25])

Die beste Begründung finde ich in Seufferts Arch. Bd. 12 Nr. 240, die deshalb zitiert sein möge: „. . . auch bei einer gewöhnlichen Bürgschaft kann das Prinzip des fr. 62 D. 46, 1 nicht mehr unbedingt entscheiden; denn es setzt voraus, daß der Gläubiger die Wahl habe, ob er den Bürgen oder den Schuldner zuerst angreifen wolle. Seit aber die Nov. 4 cap. 1 dem Gläubiger zur Pflicht gemacht hat, zuerst seine Befriedigung durch den Angriff des Schuldners zu suchen, kann ihn zwar eine diesem gewährte bloße Nachsicht seiner Ansprüche an den Bürgen nicht verlustig machen; dagegen darf ihm auch gleich wenig eine culpa in exigendo zur Last fallen, welche dem Bürgen das ihm zustehende benef. excussionis vereitelt. Wird also Ausstand gegeben, obwohl der Gläubiger die mit versäumter Verfolgung verbundene Gefahr kannte, so hat er die daraus erweislich entstandene Gefahr selbst ohne Rückgriff auf den Bürgen zu tragen.[26])

Man wird demnach als Resultat der gemeinrechtlich herrschenden Theorie und Praxis die Diligenzpflicht

---

[25]) So finden sich dahingehende Entscheidungen in Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 40, Bd. 7 Nr. 34, 313, Bd. 20 Nr. 36, Bd. 42 Nr. 207 u. a.

[26]) Zu Seufferts Arch. Bd. 6 Nr. 40 wird folgender Satz aus seinem Pandektenrecht ed. 3 Bd. 3 S. 417 (Zusatz zu § 385 Note 2) herangezogen „. . . denn ein von ihm, dem Gläubiger, selbst oder seinem Rechtsnachfolger herbeigeführtes Hindernis kann ihm nicht zum Vorteil gereichen.

des Gläubigers anzuerkennen haben, so daß dem Bürgen aus einer culpa in exigendo des Gläubigers eine exceptio doli erwächst, die sich gleicherweise auf das beneficium excussionis wie auf das beneficium cedendarum actionum stützen kann.

M. a. W. hat der Gläubiger diese Diligenzpflicht schuldhafterweise verletzt, so gilt das Hindernis (das benef. excuss. oder ced. act.), das er durch diese Verletzung aus dem Wege geräumt hat, rechtlich als noch vorhanden, denn was jemand durch eine schuldhaft rechtsverletzende Handlung erlangt, gilt nicht als rechtsbeständig erlangt. Ebenso wie der ungerechtfertigt Bereicherte dem Kondiktionsanspruch unterliegt und das Erlangte nicht behalten darf, so darf auch dem Gläubiger gegenüber dem Bürgen ein Anspruch nicht zuerkannt werden, den er unrechtmäßig erlangt hat.[27] [28])

Weiter ist die Frage zu erörtern, ob sich für den Fall, daß die Bürgschaft des Bürgen eine selbstschuldnerische war, dieselbe Beurteilung ergibt, oder ob dafür

---

[27]) vgl. auch das Rechtssprichwort: quod quis ex culpa sua sentit, damnum sentire non intellegitur.

[28]) Diese Entscheidung wird auch festzuhalten sein gegenüber dem für das vormalige Königreich Hannover in der Bekanntmachung v. 29. 7. 1843 (Gesetzsammlung für das Königreich Hannover 1843 S. 231) veröffentlichten und dadurch mit Gesetzeskraft versehenen Präjudiz des damaligen Oberappellationsgerichts Celle: „Die Verbindlichkeit des Bürgen aus dem Bürgschaftsvertrage kann bloß dadurch, daß der Gläubiger anderweite Sicherheitsmaßregeln für seine Forderung außer der Bürgschaft aus Nachlässigkeit unbenutzt gelassen hat, nicht erlöschen.

andere Grundsätze maßgebend sind. Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist eine solche, bei der es dem Gläubiger freisteht, sofort seine Befriedigung beim Bürgen zu suchen. Sie ist im modernen Recht die Bürgschaft des Handelsrechts und auch im praktischen Leben kraft Vereinbarung die weitaus häufigste Erscheinungsform des Bürgschaftsvertrages. Die selbstschuldnerische Bürgschaft ist nun nicht etwa so anzusehen, als ob zwischen den Parteien ein Bürgschaftsvertrag nach reinem Pandektenrecht — also vor Erlaß der Nov. 4 cap. 1 — abgeschlossen wäre, nach welchem alle Pflichten auf seiten des Bürgen, alle Rechte auf seiten des Gläubigers waren, sondern sie ist eine Bürgschaft wie jede andere und ist auch nach denselben Grundsätzen zu beurteilen wie jede andere, mit der einzigen Besonderheit, daß der Bürge auf die ihm zustehende Rechtswohltat der Vorausklage verzichtet hat. Trotzdem bleibt die selbstschuldnerische Bürgschaft wie jede andere eine kumulative, akzessorische Interzession und wird nicht durch den Verzicht zur prinzipalen.[29])

Auch hier haftet also der Bürge immer für eine fremde Schuld.

Wenn man aber festhält, daß die selbstschuldnerische Bürgschaft anderweite Besonderheiten nicht hat, so ist auch bei ihr dem Gläubiger eine diligentia in exigendo auferlegt; auch bei ihr muß der Gläubiger darauf be-

[29]) Insbesondere wird die selbstschuldnerische Bürgschaft nicht als eine Korrealschuld anerkannt in ROHG. Bd. 20 S. 49.

dacht sein, dem zahlenden Bürgen die ihm gesetzlich zustehenden Hilfsmittel, wie das benef. cedend. action., nicht zu verkümmern. Wenn er sich einer solchen culpa schuldig macht, so wird der Bürge mit Erfolg einen Einwand daraus herleiten können. Daß auch die gemeinrechtliche Rechtsprechung auf diesem Standpunkt steht, kommt sehr klar in einer Entscheidung in Seufferts Arch. Bd. 20 Nr. 36 zum Ausdruck. Hier hatte der Gläubiger mit einem von mehreren Mitbürgen ein pactum de non petendo in personam abgeschlossen und dann einen anderen Bürgen, der sich als Selbstschuldner verbürgt und auch auf die Einrede der Teilung verzichtet hatte, belangt.

Das Gericht entschied:

Wenn Kläger einen der verschiedenen Mitbürgen, den B. W...., durch ein pactum de non petendo in personam seiner bürgschaftlichen Verpflichtungen entlassen, sich somit durch positives Handeln außerstande gesetzt haben, ihrer Verpflichtung zur Abtretung ihrer Klage gegen denselben nachzukommen, so nimmt das dem Beklagten zustehende benef. cedendarum actionum insoweit die Natur einer peremtorischen Einrede gegen den Kläger an (cf. fr. 95 § 11 de solut. fr. 17, 36 de fidejuss.), ohne daß es dabei einen Unterschied macht, daß Beklagter als Selbstschuldner sich verbürgt und auf die Einrede der Teilung verzichtet hat.[30])

---

[30]) vgl. auch RG. Bd. 8 S. 267, eine im Anwendungsgebiet des ALR. ergangene Entscheidung, die ganz analoge Grundsätze für die Bürgschaft nach ALR. aufstellt.

Man wird daher auch für den Fall einer selbstschuldnerischen Bürgschaft dem Bürgen einen mit der exc. doli geltend zu machenden Einwand aus dem Verhalten des Gläubigers zubilligen müssen.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

Der Bürgschaftsvertrag hat seinen Platz im 18. Titel des II. Buches §§ 765—777 gefunden. Er ist nach der Legaldefinition des § 765 derjenige Vertrag, durch welchen sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten verpflichtet, für die Verbindlichkeit des Dritten einzustehen. Hiernach hat er seinen gemeinrechtlichen Charakter als kumulative akzessorische Interzession bewahrt, wie auch überhaupt für ihn im großen und ganzen die Regeln des gemeinen Rechts, und zwar des reinen Pandektenrechts beibehalten sind.[1])

---

[1]) vgl. Mot. Bd. 2 S. 657 f.; Prot. Bd. 2 S. 640; Denkschr. S. 91/92; Büttner, Haftung des Bürgen; Cosack Bd. 1 S. 582 f.; Crome, System Bd. 2, 2 S. 867 f.; Dernburg, BGB. Bd. 2, 2 S. 341 f.; Düringer-Hachenburg S. 254 f.; Eck Lieferung 3 S. 566 f.; Endemann Bd. 1, 2 S. 1189; Enneccerus und Lehmann Bd. 1 S. 686 f.; Gierke S. 258; Heilfron Bd. 2 S. 820 f.; Herms, Bürgschaft; Koban, Regreß des Bürgen; Kuhlenbeck Teil 2 S. 329; Matthiaß Bd. 1 S. 568; Neumann Anm. zu § 765 f.; Planck Anm. zu § 765 f.; Schollmeyer S. 82 f.; Staub S. 1070 f.; Staudinger Anm. zu § 765 f.; Windscheid-Kipp Bd. 2 S. 1010 f. u. a. m.

Das beneficium divisionis hat man fallen lassen, mehrere Bürgen haften als Gesamtschuldner nach § 769, und ihre Ausgleichspflicht bestimmt sich nach § 426. Das beneficium cedendarum actionum ist im § 774 zu einem transitus legalis (auch cessio legis genannt) geworden, und nur das beneficium excussionis ist als Einrede der Vorausklage bestehen geblieben.[2] Der dadurch bewirkte Zwang gegen den Gläubiger ist aber wesentlich in § 772 eingeschränkt, und in § 773 sind die — schon im gemeinen Recht in der Praxis angenommenen — Gründe aufgeführt, in denen die Einrede der Vorausklage ausgeschlossen sein soll.

Nur bezüglich der Diligenzpflicht ist das Bürgerliche Gesetzbuch nicht der Auffassung des gemeinen Rechts gefolgt, es hat nämlich eine allgemeine Diligenzpflicht — also abgesehen vom § 776 — verneint. Die Motive[3]) führen zur Begründung dieser Ablehnung aus, daß der Gläubiger an sich nur Rechte, keinerlei Verpflichtungen aus der Bürgschaft erlange. Es lasse sich auch gemäß dem Wesen und dem juristischen Begriffe der Bürgschaft

---

[2]) Über die überflüssige und unrichtige Anwendung des Ausdrucks „Einrede", wie überhaupt des benef. excuss. als einer durch nichts gerechtfertigten „Verballhornisierung" des römischen Rechts s. Fischer bei Bekker und Fischer Bd. 6 S. 115; vgl. auch die Ausführungen Ungers in Iherings Jahrb. Bd. 29 S. 1. Über Einreden, Einwendungen überhaupt: Suppes, Der Einredebegriff; Friedenthal, Einwendung und Einrede; Bucerius S. 126.

[3]) Bd. 2 S. 678.

nicht behaupten, daß das Recht des Gläubigers von einem gewissen Verhalten abhänge, und daß ihm mindestens zur Bewahrung seiner Rechte eine Diligenzpflicht von größerem oder geringerem Umfange obliege. Ohne Grund werde aus den beiden Rechtswohltaten des Bürgen (der Vorausklage und des Eintritts in die Rechte des befriedigten Gläubigers) eine Diligenzpflicht des Gläubigers abgeleitet. Schließlich weisen die Motive noch darauf hin, daß der Wert der Bürgschaft durch die Imputirung solcher Diligenzpflicht beträchtlich herabgedrückt werden würde, eine bestimmte Abgrenzung einer allgemeinen Diligenzpflicht aber doch nicht angängig sein, weil stets praktische Bedenken damit verknüpft seien.

Die Protokolle[4]) bemerken hierzu: „Gegen die Verneinung einer Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen wurde nichts erinnert".

Diese Auffassung ist auch nicht im Bundesrat oder Reichstag geändert worden, so daß also die allgemeine Diligenzpflicht aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch verschwunden ist. Eine Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 65 S. 136 hat den Grundsatz, daß die Diligenzpflicht im Gesetz nicht anerkannt ist, von neuem ausgesprochen.

Damit hat das Gesetz die derzeit herrschende Meinung des gemeinen Rechts zugunsten der folgerichtigeren verlassen.[5])

---

[4]) Bd. 2 S. 481.

[5]) Die Kodifikationen des bürgerlichen Rechts und Entwürfe haben sich sehr verschieden zu der Frage der Diligenzpflicht gestellt. Während

Rechtsprechung und Rechtswissenschaft haben auch immer bestimmter die Folgerungen aus der Ablehnung einer Diligenzpflicht gezogen. Das Reichsgericht und verschiedene Oberlandesgerichte haben hervorgehoben, daß dem Gläubiger die Verpflichtung, dem Hauptschuldner gegenüber die Interessen des Bürgen zu wahren und insbesondere letzterem den Rückgriff gegen den Hauptschuldner zu sichern, nicht obliegt.[6])

Überall wird betont, daß die Bürgschaft ein einseitiger Vertrag sei, daß die gemeinrechtliche mora exequendi des Gläubigers dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannt sei, und daß der Bürge sich event. mit der Möglichkeit, bei Herannahen der Gefahr den Gläubiger zu befriedigen, um

---

das ALR. I, 14 § 328 sagt: „Hat der Gläubiger bei Verfolgung der Exekution gegen den Hauptschuldner ein grobes Versehen begangen, so fällt ihm der daraus entstehende Schaden zur Last", und nur beim mandatum qualificatum den Gläubiger für culpa levis haften läßt, hat das sächs. BGB. jede culpa für erheblich erklärt und sagt in § 1466: „Die Bürgschaft erlischt, wenn und soweit dem Gläubiger eine Verschuldung zur Last fällt, durch welche dem Bürgen die Rechtswohltat der Vorausklage oder der Rückanspruch an den Hauptschuldner vereitelt wird, insbesondere wenn der Gläubiger verschuldet, daß er von dem Hauptschuldner Befriedigung nicht erlangen kann . . ." Endlich verneinen jede Diligenzpflicht die bei Haidlen zit. österr. GB. § 1360, Zür. GB. § 1802, schweiz. Bundesges. Art. 508, hess. Entw. Art. 611; bayer. Entw. Art. 802.

[6]) vgl. OLG. München v. 18. 6. 1903 im Recht 1904 S. 139; OLG. Dresden v. 1. 6. 1904 im Recht 1905 S. 369; OLG. Hamburg aus 1905 in Rechtspr. Bd. 12; OLG. Colmar v. 8. 2. 1907 im Recht 1907 S. 377; RG. v. 23. 9. 1907 im Recht 1907 S. 1401.

darauf mit der actio cessa gegen den Hauptschuldner vorzugehen, begnügen müsse.

Ein hier und da aufgetauchter Versuch, aus den Bestimmungen der §§ 776 u. 777 BGB. ein allgemeines Prinzip zugunsten eines irgendwie gearteten Schutzes des Bürgen herzuleiten, hat zu keinem Erfolge geführt und durchweg scharfe Ablehnung erfahren.[7]) Diese Ablehnung ist auch, nachdem einmal eine Haftung des Gläubigers für culpa in exigendo prinzipiell beseitigt ist, aus dem Wesen und dem Zweck des Bürgschaftsvertrages durchaus begründet. Wenn auch das alte deutschrechtliche Sprichwort „den Bürgen muß man würgen" den heutigen rechtlichen Anschauungen zu weit geht, so trifft es doch wirtschaftlich genommen durchaus den richtigen Gesichtspunkt. Der Gläubiger, dem sein Schuldner sicher ist, hat keine Veranlassung, die Gestellung eines Bürgen zu fordern. Der Bürge andererseits weiß von vornherein, daß, wenigstens in den Augen des Gläubigers, für diesen die Gefahr vorliegt, er könne von dem Hauptschuldner eine Befriedigung nicht erlangen, und muß deshalb von vornherein damit rechnen, daß er den Gläubiger befriedigen muß, während seine spätere Klage gegen den Hauptschuldner nur unsicheren oder gar keinen Erfolg haben wird. Wenn man sich diesen Zweck des Bürgschaftsvertrags gegenwärtig hält, so leuchtet ein, daß die Statuierung einer Diligenzpflicht für den Gläubiger etwas dem

---

[7]) vgl. Planck Anm. 2a zu § 776.

Wesen des Bürgschaftsvertrages durchaus Fremdes, ja sogar ihn direkt Widersprechendes ist.

Aus der Ablehnung einer Diligenzpflicht durch den Gläubiger folgt, daß sein Verhalten gegenüber dem Hauptschuldner in der Art der Beitreibung der Schuld für die Rechtsbeziehungen dem Bürgen gegenüber so lange rechtlich gleichgültig bleibt, als es nicht allgemeine Prinzipien des Rechtsverkehrs verletzt.

Von diesen kommen hier in Frage einmal die Bedeutung von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte und ferner die Grundsätze über die aus einer unerlaubten Handlung sich ergebende Verpflichtung zum Schadensersatz.

Die mit der fortschreitenden Rechtsentwicklung immer mehr zur Geltung kommende Erkenntnis, daß es unmöglich sei, die unendlich vielen und vielgestaltigen privatrechtlichen Beziehungen von vornherein in kasuistischer Weise festzulegen, hat das jus strictum immer mehr in den Hintergrund gedrängt und endlich alle Rechtsbeziehungen unter die Herrschaft der bona fides, des jus aequum et bonum, d. i. von Treu und Glauben gebracht. Die Anwendung von Treu und Glauben ist demnach zwingenden Rechtes, und „alle Einzelbestimmungen an sich erlaubter und gültiger Geschäfte und ebenso alle ergänzenden Rechtssätze, die das Bürgerliche Gesetzbuch zur Anwendung bereitgestellt hat, sollen nur unter der Einschränkung gelten, daß sie in besonderem Fall nach Treu und Glauben das richtige Ergebnis liefern.“ [8])

[8]) Stammler S. 53; bei Staudinger, Komm. § 242 Anm. 3.

Die allgemeine starke Hervorhebung des Grundsatzes von Treu und Glauben birgt aber die Gefahr in sich, daß gar zu leicht an die Stelle der scharfen juristischen Begriffsbestimmung und der daraus für den Einzelfall sich ergebenden Folgerungen eine unklare auf „Treu und Glauben" gestützte Beurteilung tritt und dann aus dem summum jus summa injuria wird. Gegen diese zu weitgehende Beurteilung wendet sich energisch Schneider in seinem „Treu und Glauben im Rechte der Schuldverhältnisse", wo er (besonders auf S. 9: „Über die Grenzen für den Richter bei Treu und Glauben") viel Beherzigenswertes sagt. Die bona fides kann eben wohl Bestehendes erweitern, steigern, vertiefen, aber nicht neue Verpflichtungen schaffen.[9])

Je nach der Auffassung über den Umfang von Treu und Glauben ist denn auch die Beantwortung der Frage, ob man vielleicht aus dieser Rücksicht unter Umständen dem Bürgen einen Schutz gewähren müsse, verschieden ausgefallen.

Am weitesten geht, soweit ich sehe, ein Aufsatz des Landesgerichtsrat Dr. Marcus im Recht Nr. 18 vom 25. 9. 1902, welcher sogar aus der Rücksicht auf Treu und Glauben einen Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner herleitet. Seine Ausführungen können mich nicht überzeugen. Marcus erklärt zunächst, daß die — m. E. als Wurzel des Gesetzes-

---

[9]) vgl. Geib S. 180.

textes stets als von maßgeblicher Bedeutung anzusehenden — gesetzgeberischen Vorarbeiten nnd Erklärungen überhaupt nicht in Frage kämen, sondern daß man sich von deren Einfluß vollständig emanzipieren müsse ... Denn auch ohne substantielle gegenseitige Verbindlichkeit würden Gläubiger und Bürge durch das Band der bona fides verknüpft (§ 242 BGB.). Jener hafte diesem darnach dafür, daß seine Situation nicht durch Verschulden oder Fahrlässigkeit verschlechtert werde, denn seine Haftung sei und bleibe eine akzessorische ... Das Eintrittsrecht des Bürgen in die Rechte des befriedigten Gläubigers dürfe nicht durch Rücksichtslosigkeit des letzteren in bezug auf diese Interessen des Bürgen letzterem verkümmert werden. Dementsprechend hafte der Gläubiger dem Bürgen, auch dem selbstschuldnerisch verpflichteten, für jede culpa in exigendo, für Fahrlässigkeit und Verschulden. Wenn diese Ausführungen richtig wären, so würde damit die ausdrücklich abgelehnte Diligenzpflicht auf dem Umwege über Treu und Glauben wieder eingeführt sein, und zwar contra legem. Die von Marcus aufgestellten Sätze sind aber auch durchweg von der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung als zu weitgehend abgelehnt worden.

Den entgegengesetzten Standpunkt, daß § 242 nicht Anwendung finden könne, vertritt hauptsächlich mit eingehender Begründung Planck. Da § 242 voraussetze, daß eine Verpflichtung zu einer Leistung bestehe, und nur bestimme, daß bei der Erfüllung dieser Verpflichtung die Grundsätze über Treu und Glauben zu berücksichtigen

seien, so könne dieses Prinzip hier nicht verwendet werden. Durch den Bürgschaftsvertrag würden für den Gläubiger überhaupt keine Verpflichtungen, sondern nur Rechte begründet.

Während sich Oertmann der Ansicht von Planck angeschlossen hat, nimmt die Mehrzahl der Schriftsteller[10]) sowie die Rechtsprechung[11]) einen vermittelnden Standpunkt ein. So sagt Kuhlenbeck: „Die einzige Pflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen ist die, daß er die Haftung des Bürgen durch Aufgabe anderer ihm neben der Bürgschaft zustehenden Sicherungen gegen Treu und Glauben nicht verschärfen darf". Nach Staudinger erfordert Treu und Glauben, daß der Gläubiger die Rechtsstellung des Bürgen nicht willkürlich verschlechtere. Der Grundsatz der §§ 157, 242 gelte auch für den Bürgschaftsvertrag. Hiernach könne in dem Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner oder in der Zurückweisung einer von anderer Seite angebotenen Zahlung ein den Gläubiger haftbar machender Verstoß gegen Treu und Glauben und die Verkehrssitte erblickt werden, jedoch werde dies nur unter ganz besonderen Umständen angenommen werden dürfen.

Dieser letzteren Ansicht wird man sich anzuschließen haben.

---

[10]) U. a. Staudinger § 776 Ziff. 3c; Crome S. 889 Anm. 19; Kuhlenbeck Teil 2 S. 329; Neumann § 776 Note 1a.

[11]) OLG. Colmar im Recht 1907 S. 377; RG. bei Warneyer 1908 Nr. 370.

Was zunächst die Vorfrage angeht, ob auf den nur einseitige Verpflichtungen erzeugenden Bürgschaftsvertrag die Grundsätze der §§ 157 u. 242 begrifflich Anwendung finden können, wird folgendes zu erwägen sein:

Der § 157 soll, wie aus seiner Stellung im allgemeinen Teil hervorgeht, nach dem Willen des Gesetzgebers auf alle Rechtsbeziehungen Anwendung finden. Er umfaßt demnach auch den Bürgschaftsvertrag. Seine Anwendung wird aber m. E., wenn sie demnach begrifflich auch zuzulassen ist, selten praktisch werden, da nicht die Auslegung des Bürgschaftsvertrages an sich, sondern vielmehr das Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner und dem Bürgen in subjektiver Beziehung zur Beurteilung stehen wird.

Wenn man den § 242 seinem Wortlaut nach allein zur Betrachtung zieht, so wird man dazu kommen müssen, die Anwendbarkeit dieser Bestimmung in bezug auf die Person des Gläubigers abzulehnen, denn bei dem streng einseitigen Bürgschaftsvertrage kann weder von einer Eigenschaft des Gläubigers „als Schuldner" noch von einer „ihm obliegenden Leistung" gesprochen werden.

Eine Betrachtung des Ursprungs dieser Bestimmung zeigt aber, daß ihr Geltungsbereich ein viel größerer sein soll und auch ist, als man aus den Worten entnehmen könnte. Mit den kurzen Worten: „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern" wollte der Gesetzgeber ausgesprochenermaßen das jus

aequum et bonum des gemeinen Rechts, ausgestattet mit der Anwendbarkeit auf alle Verträge, statuieren.

Vorbildlich sind insbesondere die im code civil art. 1134 Abs. 3 und 1135 ausgesprochenen Rechtssätze gewesen.

Die Bestimmungen lauten:

Art. 1134 Abs. 3: Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Art. 1135: Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'équite, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature.

Und in der Übersetzung von Loersch:

Art. 1134: Sie müssen redlich und ohne Gefährde vollzogen werden.

Art. 1135: Verträge verbinden nicht nur zu demjenigen, was darin ausgedrückt ist, sondern auch zu allem, was Billigkeit, Gebrauch oder Gesetz nach der Natur der Verbindlichkeit in dieselbe hineinlegt.

Eine Änderung dieser Auffassung ist in den Beratungen über § 242 nicht hervorgetreten, und man tut deshalb dem Geiste der Bestimmung des § 242 Zwang an, wenn man aus dem Begriff Schuldner, indem man ihn rein technisch nimmt, folgern wollte, daß der § 242 nur für contractus bilaterales oder gar nur für c. b. aequales Anwendung finden könne. Vielmehr wird man unter „Schuldner" die Vertragsgegner zu begreifen haben, die nur deshalb unter dem Namen „Schuldner" zu-

sammengefaßt sind, weil dieser im Regelfall diejenige Person ist, der eine Verpflichtung zur Leistung obliegt.

Anerkannten Rechtes ist ferner, daß unter dem Ausdruck „Leistung" eine Handlung im weitesten juristischen Sinne zu verstehen ist, der „sich von dem psychologischen Begriffe der Handlung weit entfernt hat. Während nämlich die Psychologie und ursprünglich auch die Sprache (Handlung von Hand) unter Handlung eine positive, in die Außenwelt eingreifende motorische Tätigkeit versteht, begreift die juristische Abstraktion darunter jedes rechtswirksame Verhalten, das sich aus einer inneren und einer äußeren Tatsache zusammensetzt, also nicht nur das Tun, sondern ebensowohl auch den gewollten Zustand, die vorsätzliche und bloß fahrlässige Unterlassung.

Demnach ist auch eine Leistung durch eine Unterlassung (non facere) möglich. Diese Pflicht zur Unterlassung hat die Rechtswissenschaft in drei Klassen eingeteilt:

a) primäre oder reine (selbständige) Unterlassungspflichten (z. B. Aufenthaltsbeschränkungen);

b) mit positiven Pflichten kombinierte Unterlassungspflichten (z. B. servitus oneris ferendi verbunden mit der positiven Unterhaltungsverpflichtung des Eigentümers);

c) sekundäre Unterlassungspflichten, bei denen die Pflicht, ein anderes Handeln zu unterlassen, nur die Kehrseite der Pflicht bildet, etwas Bestimmtes zu tun.[12])

---

[12]) Staudinger Anm. 4 zu § 241.

Die Verpflichtung des Gläubigers zur Unterlassung von Handlungen gegen den Hauptschuldner, deren Vornahme arglistig geschieht, um den Bürgen zu schädigen, fällt als die Kehrseite des zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen geschlossenen Vertrages unter die sub c erwähnte sekundäre Unterlassungspflicht.

Demnach ist man begrifflich nicht gehindert, bei einem Verhalten des Gläubigers gegen Treu und Glauben dem Bürgen eine der gemeinrechtlichen exceptio doli generalis gleichende Schutzbehauptung auf Grund des § 242 zuzubilligen. Nur werden mit Rücksicht auf den einseitig verpflichtenden Charakter des Bürgschaftsvertrages und den Zweck desselben als der Sicherung des Gläubigers an Stelle des Hauptschuldners ganz besondere Umstände eintreten müssen, ehe man das Verhalten des Gläubigers als gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstoßend bezeichnen kann. Ein solches arglistiges Verhalten würde z. B. darin zu erblicken sein, daß der Gläubiger selbst seinem vermögenden Hauptschuldner mit Rat und Tat zur Flucht ins Ausland verhilft, wissend, daß dadurch ihm und damit auch dem Bürgen die Eintreibung seiner Forderung vereitelt wird, und dann den Bürgen in Anspruch nimmt. Auch in der Ablehnung einer ihm von anderer Seite angebotenen Erfüllung kann vielleicht ein den Gläubiger haftbar machender Verstoß gegen Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gefunden werden.

Aber auch wenn man unter dem Schuldner des

§ 242 nur den Bürgen und unter der Leistung nur seine eventuelle Erfüllungspflicht verstehen will, gibt die Bestimmung doch die Möglichkeit, einen Schutz des Bürgen gegen arglistiges Verhalten des Gläubigers aus ihr herzuleiten.

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Er soll zwar nicht weniger leisten, aber auch nicht mehr, sondern er ist nur zur Leistung in der im Gesetz erwähnten Art verpflichtet. Alle Erweiterungs- und Verschärfungsgründe der Haftung (vgl. § 767), die auf ein schuldhaftes Verhalten des Hauptschuldners zurückzuführen sind, schaden daher dem Bürgen, und zwar wegen der von ihm übernommenen Leistungspflicht. Wenn aber durch ein arglistiges Verhalten des Gläubigers gegenüber dem Bürgen oder dem Hauptschuldner von ersterem veranlaßt wird, daß der Inhalt der Leistung sich wider Treu und Glauben zum Nachteil des Bürgen verändert, oder daß ihm der Regreßanspruch gegen den Hauptschuldner vereitelt oder doch wesentlich erschwert wird, so wird man in diesem Umfange dem Bürgen einen auf die Arglist des Gläubigers gegründeten Einwand zuzubilligen haben, der sich prozessual als ein substantiiertes Bestreiten des Klaganspruches darstellen dürfte. Durch das arglistige Verhalten des Gläubigers ist an die Stelle der ursprünglichen Leistung eine andere getreten, und zur Erfüllung dieser anderen Verbindlichkeit ist der Bürge nicht verpflichtet.

Man wird jedoch auch in diesem Falle mit Rücksicht auf den Zweck des Bürgschaftsvertrages in der Zubilligung des Schutzes des § 242 für den Bürgen sehr vorsichtig sein müssen und nur in ganz besonderen Fällen ein Verhalten des Gläubigers wider Treu und Glauben annehmen dürfen.[13][14]

Von den Vorschriften über die unerlaubten Handlungen werden nur die §§ 823 u. 826 in den Kreis der Betrachtung zu ziehen sein.

Wenngleich zunächst einzelne Stimmen[15] angenommen hatten, daß überall da, wo ein Vertragsverhältnis vorliege, lediglich die dieses bestimmenden Vorschriften in Frage kommen dürften, hat sich doch jetzt die gemeine Meinung dafür entschieden, daß Vertragsverpflichtungen und solche, die auf anderen gesetzlichen Tatbeständen beruhen, unter Umständen nebeneinander bestehen können. Planck[16] sagt: „Es ist aber möglich, daß anläßlich der

---

[13]) vgl. auch die vom RG. in Bd. 59 S. 226 f. gemachten Ausführungen.

[14]) Der Schikaneparagraph 226 ist wohl niemals anwendbar, da nicht die Schadenszufügung zum Nachteil des Bürgen, sondern die Befriedigung aus dem Darlehns- bezw. Bürgschaftsvertrage Zweck der Rechtsausübung ist.

[15]) So Endemann in seinen früheren Auflagen (s. Oertmann S. 554) zu § 200 Nr. 4. In der mir vorliegenden 8. Aufl. findet sich zu § 200 Nr. 4 die Auffassung nicht mehr. Crome (Bd. 2 S. 1012 Anm. 2) nennt bei Vertragsverhältnissen die Rechtsfolgen aus dabei vorgekommenen unerlaubten Handlungen „nur Annexe des verletzten Rechts".

[16]) Bd. 2 S. 602.

Erfüllung einer Verbindlichkeit oder sonst im Zusammenhange mit einem Schuldverhältnis eine unerlaubte Handlung begangen wird. Dann ist neben dem Anspruch aus dem Vertrage ein Anspruch auf Schadensersatz aus der unerlaubten Handlung begründet".

Wollte man aber auch mit Dernburg[17]) einschränkend sagen, daß, soweit das Bürgerliche Gesetzbuch die vorsätzliche wie fahrlässige Verletzung von Vertragspflichten ordnet, diese nicht nach dem 25. Titel zu beurteilen ist, so würde er doch hier Anwendung finden, da aus dem Bürgschaftsvertrage für den Gläubiger „Verpflichtungen" in diesem Sinne nicht vorhanden sind.

Auszuscheiden hat von vornherein § 823 BGB., denn von einer widerrechtlichen Verletzung irgendeines Rechts des Bürgen kann überall nicht die Rede sein.

Übrig bleibt nur § 826.

Voraussetzung für die Schadenszufügung muß demnach sein, daß sie vorsätzlich geschieht und gegen die guten Sitten verstößt.

Die Begriffsbestimmung, welche die Motive[18]) dem Vorsatz beilegen: „Die auf Vornahme einer Handlung oder auf die Herbeiführung eines Erfolgs gerichtete Willensbestimmung bezeichnet das Bürgerliche Gesetzbuch in Übereinstimmung mit dem Strafgesetzbuch als Vorsatz",[19]) deutet darauf hin, daß bei dem Fehlen einer Defi-

---

[17]) Bd. 2, 2 S. 614.

[18]) Bd. 1 S. 280.

[19]) Die Folgerung der Motive: ... vorsätzlich ist somit gleichbedeutend mit wissentlich und willentlich ist verfehlt; s. Liszt S. 54.

nition für Vorsatz im Gesetze selbst diejenige nach der im Strafrecht[20]) herrschenden Vorstellungstheorie gegebene Begriffsbestimmung des Vorsatzes maßgebend sein soll.

Sie lautet:

„Vorsatz ist die die Willensbetätigung begleitende Vorstellung des Erfolges". Demnach liegt Vorsatz vor, wenn der Erfolg beabsichtigt oder voraussehbar war. Auch dann, wenn der Täter den Eintritt des Erfolges nur für möglich hielt und den möglicherweise eintretenden Erfolg billigte, ist der Begriff des Vorsatzes — als eventueller Vorsatz — gegeben.

Hieraus folgt zunächst, daß § 826 ohne weiteres überall da versagt, wo der Gläubiger nicht vorsätzlich, sondern nur fahrlässig die Interessen des Bürgen durch sein Verhalten gegenüber dem Hauptschuldner verletzt hat.

Aber auch eine vorsätzliche Schädigung allein genügt noch nicht, um dem Bürgen Schutz zu geben. Vorsatz ist lediglich die auf den Erfolg gerichtete Willensbetätigung, ohne daß er ein rechtswidriges Handeln bedeutet. Vielmehr ist der Vorsatz an sich vollständig farblos, und erst andere Umstände drücken ihm den Stempel der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit auf. Demnach ist eine vorsätzliche Schadenszufügung so lange nicht rechtswidrig (und auch nicht widerrechtlich), als der Schädigende sich innerhalb seiner eigenen Rechtssphäre hält. Der Gläubiger, welcher im Konkurse des Hauptschuldners seine

[20]) Liszt, Lehrb. S. 161, DelObl. S. 54; Linckelmann S. 34f.

Forderung nicht zur Anmeldung bringt, infolgedessen dort ausfällt und den Bürgen in Anspruch nimmt, schädigt vorsätzlich den letzteren mindestens insoweit, als ihm und damit dem Bürgen zufolge der unterlassenen Anmeldung die Konkursdividende entgeht. Dadurch, daß der Gläubiger aber diese Anmeldung unterläßt und sich statt dessen an den Bürgen hält, greift er nicht über seine Rechtssphäre hinaus, denn eine Diligenzpflicht liegt ihm nicht ob und der Zweck des Bürgschaftsvertrages ist die Schadenssicherung des Gläubigers, nicht die des Bürgen. Diese Folge bedeutet auch nicht eine nicht zu billigende Härte gegenüber dem Bürgen, wenn man bedenkt, daß letzterer dadurch, daß er den Gläubiger befriedigt, die nach § 774 von Gesetzes wegen auf ihn übergegangene Forderung selbst im Konkurse anmelden und sich so den ihm durch das Verhalten des Gläubigers vielleicht entgehenden Anspruch auf Dividende sichern kann.

Ähnlich hat sich auch das Reichsgericht in folgendem Falle ausgesprochen:

Die Hauptschuldnerin hatte von der Klägerin Erdöltransportwagen gemietet, die in Rumänien gebraucht werden sollten. Für die Erfüllung der Verpflichtungen der Schuldnerin aus dem Mietvertrage hatte sich der Beklagte verbürgt. Die Hauptschuldnerin geriet mit der Rücksendung der Wagen von Rumänien nach Wilhelmsburg bei Hamburg in Verzug. Nachdem schließlich als Endtermin der Einlieferung der Wagen in Wilhelmsburg der 5. 8. 1902 bestimmt war, erteilte die Klägerin der

Hauptschuldnerin eine Frist bis zum 31. 8. 1902. Inzwischen wurde die Hauptschuldnerin zahlungsunfähig, und der Bürge wurde als Beklagter in Anspruch genommen. Er wendete u. a. ein, die Klägerin sei an dem Schaden selbst schuld, denn sie habe den ursprünglich bis zum 5. 8. 1902 abgeschlossenen Mietvertrag bis zum 31. 8. 1902 verlängert. Seine Bürgschaft reiche aber nur bis zum 5. 8. 1902. Die Inanspruchnahme des Bürgen verstoße auch gegen § 826.

Das Reichsgericht hat die Einwendungen des Beklagten zurückgewiesen, indem er ausführt[21]): Richtig sei zwar, daß ein zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner abgeschlossener Stundungsvertrag von selbst dem Bürgen zustatten käme, daß er aber, wenn der Bürge mit der Stundung nicht einverstanden sei, wegen § 767 Abs. 1 nicht ohne weiteres gegen den Bürgen rechtswirksam sei. Indes gelte dies nach der angezogenen Gesetzesvorschrift nur insoweit, als durch die Stundung die Verpflichtungen des Schuldners gegenüber demjenigen Vertrage, für dessen Erfüllung die Bürgschaft geleistet wurde, erweitert würden, also die Lage des Bürgen verschlechtert oder der Inhalt der ihm nach dem Bürgschaftsvertrage obliegenden Pflichten zu seinem Nachteil geändert werden würde, wenn ihm die Erfüllung des Vertrages, wie dieser sich durch die Stundung gestaltet hat, angesonnen würde. Dagegen liege kein zureichender Grund für die Annahme vor, daß der Bürge die Haftung für

---

[21]) RG. Bd. 59 S. 228.

Leistungen, zu denen der Hauptschuldner auch nach dem von der Bürgschaft umfaßten Vertrage oder infolge von Verzug oder Verschuldung verpflichtet gewesen wäre, allein deshalb ablehnen dürfe, weil diese Verpflichtungen zum Gegenstand eines nachträglich zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner geschlossenen Vertrages gemacht worden seien und infolgedessen nunmehr die Leistungen vom Hauptschuldner aus dessen späterem Vertrage geschuldet würden. Der Wortlaut der Bestimmungen in § 767 Abs. 1 BGB. spreche nicht für, sondern gegen eine solche Auffassung; auch die Entstehungsgeschichte jener Bestimmungen biete dafür keinen Anhalt, und ebensowenig ließen sich für eine solche Annahme Gründe der Billigkeit oder Zweckmäßigkeit geltend machen".

Wenn es also dem Bürgen nicht gelingt, darzutun, daß infolge des Stundungsvertrages eine nicht aus dem ursprünglichen Vertrage herzuleitende, sondern erst durch den Stundungsvertrag begründete, nach § 767 Abs. 1 BGB. gegen den Bürgen nicht wirksame Erweiterung der Verpflichtungen vorliegt, wird er gegen den Zugriff des Gläubigers nicht geschützt sein. Er kann den durch das vorsätzliche Handeln des Gläubigers, den Abschluß des Stundungsvertrages, ihm zugefügten Schaden nicht gegen den ersteren geltend machen, da sich jener innerhalb seiner Rechtssphäre gehalten hat.

Nur dann verschiebt sich zugunsten des Bürgen die Rechtslage, wenn dem Gläubiger bei seiner vorsätzlichen Schädigung ein Verstoß gegen die guten Sitten vor-

zuwerfen ist, denn für diesen Fall wird der § 826 BGB. mit Erfolg heranzuziehen sein.

Vgl. auch Planck § 776 Note 4 . . . :

„Von selbst versteht sich endlich, daß der Gläubiger, wenn er absichtlich, um den Bürgen zu schädigen, gegen den Hauptschuldner nicht vorgeht, unter Umständen nach § 826 schadensersatzpflichtig wird und der Bürge mit dem Schadensersatzanspruch aufrechnend sich befreien kann".

Wann ein Verstoß gegen die „guten Sitten" (eine verwerfliche Gesinnung)[22]) anzunehmen ist, soll dem richterlichen Ermessen anheimgestellt werden.[23])

Das Reichsgericht[24]) sagt darüber:

„Den Maßstab für den Begriff der guten Sitten (vgl. § 138 BGB.) hat der Richter aus dem herrschenden Volksbewußtsein zu entnehmen, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden".

Matthiaß[25]) bemerkt bei der Erörterung der „guten Sitten":

„Der hier (zu § 138 BGB.) anzulegende Maßstab der guten Sitten ist dahin zu verstehen, daß die moralischen Durchschnittsanschauungen entscheidend sind".

Ein hierher passendes Beispiel ist das folgende:

Der Gläubiger hat dem Hauptschuldner ein Darlehn von 10000 Mk. gegeben, für welches sich ein Bürge verbürgt

---

[22]) vgl. Hachenburg S. 51.

[23]) Mot. Bd. 1 S. 216.

[24]) RG. Bd. 48 S. 124.

[25]) Bd. 1 S. 204.

hat. Der Hauptschuldner muß das Inland verlassen; es gelingt ihm wesentlich auf Grund der Ratschläge und Tätigkeit des Gläubigers, mit seinem großen Vermögen in das Ausland zu entfliehen, so daß seine Rechtsverfolgung wegen der Darlehnsschuld erschwert oder sogar ausgeschlossen ist. Der Gläubiger nimmt den Bürgen in Anspruch.

Hier tritt zu der vorsätzlichen Schädigung des Bürgen ein Verstoß des Gläubigers gegen die guten Sitten, denn es ist nicht billig und gerecht gedacht, es entspricht auch nicht den moralischen Durchschnittsanschauungen, wenn man es gutheißen wollte, daß ein Gläubiger seinen vermögenden und in erster Linie verpflichteten Hauptschuldner tatkräftig bei seiner Flucht unterstützt, um hierauf den Bürgen in Anspruch zu nehmen.

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 826 scheinen hier also gegeben zu sein.

Die Vorschrift verlangt aber darüber hinaus das Vorhandensein einer Schadenszufügung. Eine solche ist noch nicht eingetreten. Der Bürge wird vielmehr den Schaden erst erleiden, wenn er nach Befriedigung des Gläubigers seinerseits vergebliche Anstrengungen machen wird, bei dem im Auslande nicht erreichbaren Hauptschuldner seinen Regreß zu suchen. Das ist aber unbestreitbar, daß zwischen diesem demnächstigen Schaden des Bürgen und der Handlungsweise des Gläubigers bei der Flucht des Hauptschuldners ein Kausalzusammenhang besteht. Trotz dieses Kausalzusammenhangs würden je-

doch die Bestimmungen des § 829 nicht ausreichend sein, um dem Bürgen Schutz zu gewähren, wenn man lediglich den Wortlaut berücksichtigt.

Die Vorschriften des § 826 umfassen aber noch einen weiteren Anspruch, nämlich den auf Unterlassung der unerlaubten Handlung. Einen solchen Anspruch hat die Rechtsprechung der höchsten Gerichte auch anerkannt.

Den Anspruch, die Befugnis, „auf Unterlassung zu klagen", gewährt das Gesetz in den Fällen der §§ 12, 862, 1004, 1053, 1134. Es hat damit aber „die Zulassung eines solchen Anspruchs nicht für alle anderen dem Gebiete des Gesetzbuchs angehörigen Fälle ausschließen wollen".[26] Nicht einmal das Gesetz, welches sich ex professo mit den illoyalen Handlungen, der „concurrence déloyale" befaßt, das Reichsgesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 27. 5. 1896, hat alle Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs dieses „véritable Protée"[27] treffen können, es hat keineswegs nur überall da, wo es ausdrücklich einen Anspruch auf Unterlassung nennt, einen solchen gewähren wollen.

Nach den Motiven beruhen die Vorschriften über den Schadensersatz bei unerlaubten Handlungen auf den

---

[26]) RG. Bd. 48 S. 119.

[27]) Finger: Ähnlich nennt Schilling in seinen Aphorismen (S. 42) den zivilrechtlichen Dolus einen „in allen möglichen Verkleidungen auftretenden wahren Proteus". Vgl. jedoch die in § 1 des neuen Gesetzes v. 7. 6. 1909 gegebene generelle Vorschrift.

Art. 1382, 1383 code civil.[28]) Man wird deshalb zur Auslegung des § 826 BGB. unbedenklich die auf Grund von art. 1382 code civil ergangenen Entscheidungen des Reichsgerichts heranziehen dürfen. Besonders eine nach badischem Landrecht (code civil) § 1382 erlassene Entscheidung in Bd. 25 S. 348 ist hier wichtig. Sie führt aus: „Wenn ein Gesetz ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, muß es auch die Möglichkeit gewähren, den Anspruch hierauf, also bei einer Verbindlichkeit zur Unterlassung den Anspruch hierauf gegen den zur Unterlassung Verpflichteten in dem auch sonst für bürgerliche Rechtsansprüche vom Gesetz gegebenen Wege (also vor dem bürgerlichen Gericht im Wege der Klage) verfolgen zu lassen ... Eine Klage auf Unterlassung einer unrechten Tat muß vielmehr jedenfalls dann als zulässig erscheinen, wenn das unrechte Verhalten bereits verwirklicht wurde und daher mit der Klage auf Unter-

---

[28]) Sie lauten: Art. 1382: Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le reparer. — Art. 1383: Chacun est responsable du dommage, qu'il a cause non seulement par son fait mais encore par son imprudence. — Deutsch nach Loersch, code civil: Art. 1382: Jede Handlung eines Menschen, von welcher Art sie auch sei, die einem anderen Schaden verursacht, verpflichtet denjenigen, durch dessen Verschulden der Schaden entstanden ist, denselben zu ersetzen. — Art. 1383: Jeder ist für den Schaden verantwortlich, den er durch seine Handlungen oder auch nur durch seine Nachlässigkeit oder Unvorsichtigkeit verursacht hat.

lassung die Fortsetzung des unrechten Verhaltens verhütet werden soll".

Die Zulässigkeit einer Unterlassungsklage ist auch fernerhin vom Reichsgericht angenommen, und eine Entscheidung in Bd. 48 S. 114 f., die sich hauptsächlich auf die eben zitierte Entscheidung beruft, sagt, daß diese Gesichtspunkte eine allgemeine Bedeutung hätten und sich auch jetzt gerade auf den Fall des § 826 deutschen BGB. anwenden ließen. „Hier wie in dem art. 1382 code civil enthält die Gesetzesstelle, wenn sie auch ausdrücklich nur die Schadensersatzpflicht statuiert, doch der Sache nach zugleich den Ausdruck für eine Verbindlichkeit zur Unterlassung, und hier wie dort paßt die Erwägung, daß das Gesetz, wenn es ein Recht gewährt oder eine Verpflichtung auferlegt, auch die Möglichkeit gewähren muß, den Anspruch hierauf, also zutreffendenfalls den Anspruch auf Unterlassung, gegen den Verpflichteten im Wege der Klage verfolgen zu lassen."

Eine gleiche Auffassung wird auch von den preußischen höchsten Landesgerichten vertreten.

So hat u. a. auch eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Celle [29]) bei dem Vorliegen eines Tatbestandes aus den §§ 823, 824, 826 eine Klage auf Unterlassung für zulässig erachtet. Es führt neben den auch vom Reichsgericht angenommenen Gründen noch einen weiteren, dem praktischen Bedürfnis entlehnten und m. E. sehr zutreffenden Grund in folgendem an:

---

[29]) Bei Mugdan u. Falkmann Bd. 5 S. 239.

„Die Anerkennung der Zulässigkeit einer Klage auf Unterlassung entspricht denn auch dem praktischen Bedürfnis um so mehr, als der in §§ 823 ff. gewährte Schadensersatzanspruch in vielen Fällen nur problematischer Natur sein wird, weil sich nicht immer absehen läßt, ob und in welcher Höhe bereits ein Schaden vorliegt . . . Es muß also ein Mittel gegeben sein, erst noch drohenden Schädigungen wirksam entgegenzutreten, und dieses Mittel ist die Klage auf Unterlassung, deren rechtliche Zulässigkeit vom Bürgerlichen Gesetzbuch nicht dadurch hat ausgeschlossen werden sollen, daß es für einzelne Fälle (§§ 12, 862, 1004) einen Unterlassungsanspruch besonders festsetzt".

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat auch in ihren neueren Entscheidungen die erweiterte Bedeutung des § 826 BGB. anerkannt.

So sagt eine in der JurW. Bd. 34 S. 237 abgedruckte Entsch. d. RG. v. 3. 3. 1905:

„Weiterhin hält der erkennende Senat an der von ihm zu Art. 1382 u. 1383 code civil erstmals ausgesprochenen, von dem VI. Zivilsenat zu § 826 BGB. übernommenen Auffassung fest, daß bei Gefahr der Wiederholung der unerlaubten Handlung ein Anspruch auf Unterlassung begründet sei".[30])

---

[30]) vgl. auch die bei Neumann, Jahrb. Bd. 5 zu § 826 BGB. bei dem Stichwort „Unterlassungsanspruch" angegebenen vielfachen Entscheidungen, Nachweisungen und neuere Literatur. Auch Staudinger Vorbem. VII zu § 826 erkennt den Unterlassungsanspruch an.

Die Anwendung dieser Rechtssätze auf das als Beispiel genommene Rechtsverhältnis ergibt, daß der Bürge einen Anspruch auf Unterlassung der unerlaubten Handlung des Gläubigers hat, und zwar ist dieser Anspruch entstanden mit dem Augenblick, in welchem der Gläubiger die unerlaubte Handlung, nämlich die Begünstigung der Flucht des Hauptschuldners, beging. Eine notwendige Folge dieses schon damals entstandenen Anspruches ist es daher nur, wenn der Bürge auch weiter verlangen kann, daß der Gläubiger die Ausnutzung der ihm durch die unerlaubte Handlung unrechtmäßig erwachsenen Vorteile unterläßt.

Wenn aber der Bürge berechtigt ist, klagend diesen Anspruch geltend zu machen, dann ist er um so mehr berechtigt, hieraus als Beklagter einen Einwand herzuleiten.

Er ist aufzufassen als der Einwand einer rechtshindernden Tatsache, die der Bürge vorschützt und durch welche er der Klage des Gläubigers die rechtliche Grundlage entzieht.

Dem Bürgen nur eine aus § 826 herzuleitende Aufrechnungsbefugnis zu geben, dürfte m. E. zu eng sein.

Da bei der selbstschuldnerischen Bürgschaft der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage die einzige Besonderheit ist, so finden die oben entwickelten Rechtssätze auch auf diese in demselben Umfange wie bei der gewöhnlichen Bürgschaft Anwendung.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.